



Digitalisierung und Automatisierung verändern Anforderungsprofile

Kündigung von Low Performern

Die Digitalisierung der Arbeitswelt und Automatisierung von Arbeitsprozessen führen zu einem (informationstechnischen) Wandel der Arbeitsplatz- und Qualifizierungsanforderungen. Wie können Arbeitgeber hierauf reagieren und warum sind Änderungs- bzw. Beendigungskündigungen in diesem Zusammenhang meist unvermeidbar?

PERSONELLE MASSNAHMEN

Unternehmen sehen sich heute vielerorts mit folgenden Problemen konfrontiert: Großen Teilen der Belegschaft droht ein erhebliches Qualifizierungsdefizit aufgrund neuer „digitaler“ Aufgaben und Tätigkeiten. Gleichzeitig wird die menschliche Arbeitskraft durch Maschinen sowie künstliche Intelligenz ersetzt bzw. ergänzt, sodass Arbeitnehmer mit „neuen“ digitalen bzw. informationstechnischen „IT-Fähigkeiten“ dringend benötigt werden, um diesen Transformationsprozess zu bewältigen. Logische Konsequenz dieser Entwicklung ist, dass Arbeitgeber nicht nur die Tätigkeits- und Aufgabenbeschreibungen aktualisieren müssen, sondern bereits die diesen „neuen“ Tätigkeiten zugrunde liegenden Anforderungsprofile. Der Umfang der notwendigen Veränderungen hängt letztendlich vom künftigen Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes ab, auf dem der Arbeitnehmer tätig werden soll (Kleinebrink, DB 2017, S. 1713). Vor allem die Ersetzung einfacher Tätigkeiten durch digitalisierte bzw. automatisierte Arbeitsorganisationen und -methoden (Substituierungspotenzial) führt zu der Frage, inwieweit Arbeitnehmer aufgrund massiver Qualifikationsdefizite dauerhaft die neuen Anforderungen noch erfüllen können. Es drängt sich dabei die Einsicht auf, dass Automatisierungs- und Digitalisierungsprozesse unweigerlich mit personellen Maßnahmen, insbesondere Änderungs- bzw. Beendigungskündigungen verbunden sein werden (Groß/Gressel, DB 2016, S. 2355).

EIN FALL AUS TRIER

Das LAG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 14.3.2019 – 2 Sa 289/18, AuA 11/19, S. 674) musste sich vor Kurzem mit diesem Themenkreis beschäftigen und über folgenden Sachverhalt befinden: Der Unternehmer betreibt in der Nähe von Trier ein Shoppingcenter mit einem Lebensmittelmarkt und beschäftigt ca. 350 Mitarbeiter. Es gibt eine eigene IT-Abteilung. Der Marktleiter, um den es in der Entscheidung geht, war bereits 15 Jahre lang für das gesamte operative Geschäft des Lebensmittelmarkts mit 5.000 m² Verkaufsfläche zuständig. Er war auch für die Führung von ca. 90 Mitarbeitern verantwortlich.

Das Unternehmen fasste im Juli 2017 den Entschluss, das Shoppingcenter zukunftsfähig zu machen. Es sollte insbesondere auf die Aktivitäten des Onlinegiganten Amazon – wenigstens zu einem Teil – reagiert werden können. Die Onlineplattformen brechen mehr und mehr in das Lebensmittelgeschäft ein und führten schon zu vielen Schließungen von Marktteilnehmern. Daher gehe es nun darum, jemanden als Marktleiter zu bestellen, der eine Onlinestruktur und Zukunftsstrategie aufbauen könne. Es sollte u. a. ein neues Sortiment entwickelt, eine sog. Pick-up-Station – in der die online bestellten Produkte unkompliziert abgeholt werden könnten – geschaffen und eine Einkaufserlebniswelt hergestellt werden, die Amazon (noch) nicht bietet. Der jetzige Marktleiter verwende nicht einmal Excel für seine Bestellvorgänge, auch nicht die ihm zur Verfügung gestellte „Planogramm-Software“. Er vertraue zudem noch den bisherigen, aber mittlerweile ausgedienten Führungs-

konzepten. Damit gebe es aber heute, so das Management des Unternehmens, kein Fortkommen mehr. Das neue Anforderungsprofil für den Marktleiter erfülle der jetzige Stelleninhaber nicht (mehr), er müsse dringend aus dieser Rolle abgelöst werden.

Aufgrund angeblich eklatanter Diskrepanz zwischen dem neuen Anforderungsprofil der Stelle und dem Eignungsprofil des Mitarbeiters, wurde der Marktleiter gekündigt. Es wurde dabei ausdrücklich hervorgehoben, er habe die vom Unternehmen gewünschte IT-Entwicklung und Online-Ansprache der Kunden nicht bewerkstelligen können.

Der Fall wirft eine Reihe von Fragen auf, die zu klären waren und diesem Beitrag seine Struktur geben:

1. Steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich frei, das Anforderungsprofil einer Stelle anzuheben?

2. Ergeben sich aus dem Umstand, dass der Arbeitsplatz, dessen Anforderungen erhöht werden, bereits langjährig besetzt ist, besondere Pflichten der Rücksichtnahme?

3. Wie genau ist das neue Anforderungsprofil zu erstellen, um den Stelleninhaber ggf. kündigen zu können? Wie sind dabei wünschenswerte von erforderlichen Leistungsaspekten zu unterscheiden?

4. Welche Qualität muss der Beschluss haben?

5. Welche Art von Anstrengungen schuldet der Arbeitgeber vor Einleitung einer Trennung, wenn der Mitarbeiter (noch) nicht dem gehobenen Anforderungsprofil entspricht?

6. Ist es vor Einleitung einer Kündigung wegen (noch) nicht ausreichender Eignung geboten, zunächst eine qualifizierte Warnung auszusprechen?

7. Haben Mitarbeiter vor Kündigungsausspruch einen Weiterbildungsanspruch?

8. Wie sollte das Gespräch mit dem angeblichen Low Performer aufgenommen werden, ohne dessen Anspruch auf Achtung der Persönlichkeit und Rücksichtnahme zu verletzen?

UNTERNEHMERISCHE FREIHEIT ZUR ÄNDERUNG DES ANFORDERUNGSPROFILS

Das Arbeitsgericht ist in aller Regel nicht zuständig zu beurteilen, ob eine unternehmerische organisatorische Maßnahme, wie die Änderung des Anforderungsprofils von Arbeitsstellen im Betrieb, angemessen ist oder nicht. Das Arbeitsgericht ist keine Instanz mit der Befugnis, betriebliche Planungen dieser Art zu kontrollieren. Jedem Arbeitgeber steht es frei, seine betriebliche Struktur und Organisation sowie die Gestaltung der betrieblichen Arbeitsweise frei zu gestalten und umzustrukturieren.

Die Betriebsleitung hat insoweit die Freiheit festzulegen, welche Qualifikation eingesetzte Mitarbeiter haben sollen, um die Produktions- oder Bearbeitungsziele zu erreichen und wie viele von ihnen für die betrieblichen Ziele erforderlich sind (vgl. BAG, Urt. v. 11.8.2016 – 8 AZR 375/15, AuA 8/17, S. 491). Die unternehmerische Entscheidung – so das BAG – sei nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung zu überprüfen, vielmehr nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (st. Rspr. des BAG, vgl. u. a. Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 546/16, AuA 10/17, S. 614).

Die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten zukünftig nur von Arbeitnehmern ausführen zu lassen, die über besondere Qualifikationen verfügen, wird daher von den Arbeitsgerichten grundsätzlich hingenommen. Das gilt wenigstens dann, wenn die geforderten Qualifikationsmerkmale einen nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten haben und damit sachlich nachvollziehbar sind (BAG, Urt. v. 24.6.2004 – 2 AZR 326/03, AuA 3/05, S. 181). Im Tatbestand des LAG-Urteils vom 14.3.2019 wird zum Ausdruck gebracht, die Unternehmensleitung spreche dem Marktleiter den vertrauten Umgang mit neuen elektronischen Medien ab. Er kommuniziere selten per E-Mail und nutze nicht die installierte Planogramm-Software, um die Anordnung von Waren im Regal zu planen. Es wurde von der Unternehmensleitung wiederholt vorgebracht, der Kläger habe weder nach seiner Ausbildung noch seiner Erfahrung die Voraussetzungen, eine Onlinestrategie zu entwickeln. Dies war allerdings widersprüchlich, da das Unternehmen nach eigenem Vortrag eine IT-Abteilung besaß, deren Aufgabe es war, die Onlinestrategie zu entwickeln.

Der Marktleiter sollte darüber hinaus sämtliche digitalen Mittel nutzen, um die Kunden anzusprechen. Das habe er aber nicht getan und – in Ermangelung entsprechender Befähigung – voraussichtlich auch nicht bewerkstelligen können. Eine letzte Werbemaßnahme führte er über Handzettel aus, obwohl es offenbar nahegelegen hatte, sie online durchzuführen.

RÜCKSICHTNAHME GEGENÜBER LANGJÄHRIG TÄTIGEN STELLENINHABERN

Um den Eindruck einer Willkürmaßnahme gegenüber bisherigen Stelleninhabern zu widerlegen, muss bei einer Änderung des Anforderungsprofils konkret dargelegt werden, dass tatsächlich ein veränderter Beschäftigungsbedarf besteht, z. B. infolge Änderungen des Arbeitsvolumens oder des Inhalts der Arbeitsaufgabe, ggf. im Zusammenhang mit einer Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit (vgl. hierzu u. a. BAG, Urt. v. 10.7.2008 – 2 AZR 1111/06, AuA 9/09, S. 552). Dies sei insbesondere dann erforderlich, wenn es eine Nähe zwischen der Organisationsentscheidung und dem Kündigungsentschluss gibt. Dann nämlich sei die Vermutung, die Unternehmensentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht unkritisch hinzunehmen. Die Überprüfung sei vor allem deshalb geboten, weil sonst eine unkomplizierte Möglichkeit eröffnet wäre, sich des langjährig bereits

eingesetzten Mitarbeiters zu entledigen, ohne dass dem Arbeitsgericht eine nennenswerte Überprüfungchance hinsichtlich der sachlichen Nachvollziehbarkeit der Entscheidung verbliebe (BAG, Urt. v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, S. 1098).

Ein besonders eindrucksvolles Erlebnis dieser Art hatte es in der Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2005 hinsichtlich des Leiters der Musikschule in W. gegeben (Urt. v. 7.7.2005 – 2 AZR 399/04, NZA 2006, S. 266). Der Leiter der Schule, ein Rechtsassessor, hatte 13 Jahre lang die Schule erfolgreich geleitet. Es ging ihm im Dezember 2002 die Kündigung zu, mit der Begründung, die Schule solle verstärkt „zukunftsorientiert“ organisiert werden. Der Leiter der Schule solle zukünftig als Kernkompetenz eine eigene musikalische Fachausbildung haben sowie eine betriebswirtschaftliche Zusatzqualifikation. Die beiden Untergerichte hatten gegen die Kündigung geurteilt. Das BAG ließ – im Gegensatz zu den beiden Vorinstanzen – die Kündigung zu.

Hinsichtlich des Grads der Darlegungspflicht des Arbeitgebers ist es nach der Rechtsprechung jedoch ausreichend, wenn es naheliegt, dass das gesteigerte Leistungsmerkmal ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für die Stellenprofilierung darstellt (BAG v. 7.7.2005, a. a. O.).

Es wird ausdrücklich angemerkt, der Leiter werde nicht gekündigt, weil er seinen bisherigen Aufgaben nicht gerecht werde, vielmehr deswegen, weil er wegen der Änderung des Anforderungsprofils der von ihm in Zukunft zu erwartenden Tätigkeit nicht mehr gewachsen sei.

ERSTELLUNG DES ANFORDERUNGSPROFILS

Auch wenn das BAG hinsichtlich der arbeitsplatzbezogenen Änderung des Anforderungsprofils teilweise von einem „sachlich gebotenen Kriterium für die Aufgabenerledigung“ und gelegentlich nur von einer „Nachvollziehbarkeit“ der neuen Gestaltung des Arbeitsplatzes spricht, wollen beide Formulierungen offenbar gleichermaßen hervorheben, dass es sich eben nicht nur um Nice-to-have-Kriterien in der neuen Qualifikation handeln darf. Der Arbeitgeber hat vielmehr eine erkennbare Plausibilität hinsichtlich der neuen Kriterien nachzuweisen (Krause, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 1 Rn. 793).

In der Entscheidung aus dem Jahr 2005 wurde der Hintergrund für das neue Anforderungsprofil im Rahmen eines umfangreichen neuen Konzeptentwurfs für die musikalische Bildungsstätte erläutert. Das umfassende Konzept wird vom BAG positiv zur Kenntnis genommen und zur Grundlage der Entscheidung gemacht. Durch die Darlegung, die offenbar in sich schlüssig war, sei überzeugend nachgewiesen, dass der Arbeitgeber nicht missbräuchlich vorging. Es wird ergänzt, das Musikhochschulstudium sei berechtigterweise arbeitgeberseits nicht nur „wünschenswert“, vielmehr die zusätzliche Qualifikation „angesichts des Gesamtniveaus der Einrichtung“ ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung.

In der Chefarzt-Entscheidung des BAG vom 2.3.2017 geht das Gericht von dem Erfordernis einer betriebsbedingten Änderungskündigung aus, wenn der Arbeitgeber sich darauf beschränkt, solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinzunehmen habe. Dies entscheide sich maßgeblich danach, ob nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgegangen werde. Die vorgesehene Änderung dürfe sich von der bisherigen Aufgabe nur insoweit entfernen, als sie zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist. Ändern sich durch die organisatorische Umgestaltung auch die Aufgaben des Mitarbeiters, ist das Unternehmen in der Profilierung der Stelle freier, als wenn es nur um die Änderung von Qualifikationsanforderungen für im Übrigen unverändert gebliebene Aufgaben geht (BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 546/16, AuA 10/17, S. 614).

BESCHLUSS ÜBER DIE ÄNDERUNG DES ANFORDERUNGSPROFILS

Die Unternehmensentscheidung, die Anlass für die Einleitung der Änderung des Anforderungsprofils ist, setzt keinen wirksamen Beschluss des im Innenverhältnis zuständigen Gremiums voraus. Es genügt, wenn in einer juristischen Person derjenige, der dazu die tatsächliche Macht hat, eine entsprechende Entscheidung trifft (BAG, Urt. v. 27.11.2003 – 2 AZR 48/03, AuA 12/04, S. 51). Im BAG-Fall vom 7.7.2005 hatte der „Generalsekretär“ der musikalischen Bildungseinrichtung die entsprechenden Konzepte für die Änderung der Funktion erarbeitet, was dem 2. Senat ausreichte. Für die evtl. notwendige Kündigung kommt es zusätzlich noch darauf an, dass die Durchsetzung der Entscheidung schon greifbare Formen annahm, also nicht nur ein rein vorbereitender Beschluss vorlag. Der Ausspruch der Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn beim Auslaufen der Kündigungsfrist prognostiziert werden kann, dass aus dringenden Gründen kein Weiterbeschäftigungsbedarf des Stelleninhabers in seiner derzeitigen Qualifikation besteht. Daher dürfte es grundsätzlich nicht zu beanstanden sein, wenn der die Linienfunktion ausübende Fachvorgesetzte gemeinsam mit dem Unternehmenspersonalleiter aufgrund aktueller Marktbedingungen oder neuer Ausrichtung des Geschäftsfelds die Änderung des Anforderungsprofils einer ihm unterstellten Stelle entscheidet.

GESCHULDETE ANSTRENGUNGEN ZUR VERMEIDUNG DER KÜNDIGUNG

Da nicht selten die missbräuchliche Kündigung unter Umgehung des Kündigungsschutzes durch Änderung des Anforderungsprofils der Stelle infrage kommt, gibt es eine besondere Verantwortung der Rechtsprechung, dieser Gefahr entgegenzuwirken. Der Arbeitgeber hat zunächst einmal die Darlegungslast nachzuweisen, dass die Änderung arbeitsplatzbezogen nachvollziehbar ist. Schließlich ist auch darzulegen, dass die Weiterbeschäftigung des bisherigen Stelleninhabers auf einer der evtl. neu zugeschnittenen Arbeitsplätze – ggf. auch nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen – nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG nicht möglich ist.



**FEEDBACK**

Hat Ihnen der Beitrag gefallen? Sagen Sie uns Ihre Meinung! Alle Infos auf www.auaplus.de

Der Betriebsrat hat insoweit gem. § 97 BetrVG zum Zweck des vorbeugenden Kündigungsschutzes ein obligatorisches Mitbestimmungsrecht und könnte daher ggf. geeignete Maßnahmen der Berufsbildung vorschlagen. Ggf. kann daher die Einigungsstelle angerufen werden (vgl. Kreft, in: Kiel/Lunk/Oetker, MHD ArbR, 4. Aufl. 2018, § 115 Rn. 165; Kleinebrink, DB 2018, S. 254, 256; Fitting, § 97 Rn. 10, insb. zur Weiterbildung in Sachen digitaler Kompetenz). Der Betriebsrat könnte den betroffenen angeblichen Low Performer dadurch unterstützen.

Welche Frist dem Arbeitnehmer hinsichtlich des Erwerbs der Qualifikation einzuräumen ist, ließ das BAG bisher offen (vgl. BAG v. 7.7.2005, a. a. O.). Das BAG ist der Ansicht, dass die Frage sich danach unterscheiden wird, ob es sich um eine Führungsposition oder um eine mehr oder weniger schlichte Aufgabenstellung handelt (ebenso Krause, in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Aufl. 2019, § 1 Rn. 793). Es muss allerdings im Kündigungszeitpunkt die berechnete Erwartung bestehen – nicht bloß eine unbestimmte Wahrscheinlichkeit –, dass der Arbeitnehmer in zumutbarer Zeit über die erforderliche Qualifikation verfügen wird (BAG, Urt. v. 27.7.2017 – 2 AZR 476/16, NZA 2018, S. 234; Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt, KSchG, 6. Aufl. 2021, § 1 Rn. 479). Die Kündigung ist wenigstens dann ungerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Anforderungen innerhalb der Kündigungsfrist erlernt werden könnten (vgl. Wisskirchen/Bissels/Schmidt, NZA 2008, S. 1386; Arnold, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 10.7.2008, FD-ArbR 2009, 276522).

Es wird in den Entscheidungsgründen der musikalischen Bildungsstätte (BAG v. 7.7.2005, a. a. O.) auf das – nahezu zehnjährige – Studium des Leiters der Einrichtung an der Fernuniversität Hagen betr. Musikmanagement hingewiesen. Die geringe Anzahl der nachgewiesenen Kurse und der offenbar fehlende Abschluss deute jedoch darauf hin, dass das bisherige Studium nicht zum Erfolg geführt habe.

Im Übrigen ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in aller Regel dafür Sorge zu tragen, dass die negativen Auswirkungen für den betroffenen Mitarbeiter geringstmöglich ausfallen. Daher ist zunächst stets zu prüfen, ob er durch Weiter- und Fortbildung oder Umschulung in einer anderen Stelle gehalten werden kann. In vielen Fällen lohnt es sich, eine Potenzialanalyse durchzuführen, insbesondere dann, wenn der Mitarbeiter der Ansicht ist, er könne in überschaubarer Zeit die von ihm geforderte Zusatzqualifikation erwerben. Es erscheint nicht angemessen, in vergleichbaren Fällen diejenige Prüfung zugunsten des Mitarbeiters zu unterlassen, welche die Arbeitsagentur zur Feststellung des Leistungspotenzials bei vielen Arbeitslosen vornimmt (vgl. § 37 Abs. 1 SGB III).

Irritierend in diesem Zusammenhang erscheint, dass bei der Feststellung der Kriterien des für die Stelle (angeblich) nicht mehr passenden Mitarbeiters auf die Qualität neuer Bewerber abgestellt wird, sodass der Aspekt der Zumutbarkeit der Prüfung, inwieweit in dem Musikschulenfall dem bisherigen Leiter noch eine Chance für die Beendigung des immerhin noch laufenden Studiums einzuräumen war, in den Hintergrund gerät. Schließlich

gab es in seinem Fall das Konzept des neuen Anforderungsprofils erst seit September 2002, die Kündigung erfolgte jedoch schon drei Monate später.

QUALIFIZIERTE WARNUNG WEGEN UNZUREICHENDER ARBEITSLEISTUNG

Bevor eine Kündigung wegen Schlechtleistung ausgesprochen wird, hat nach der herrschenden Rechtsprechung eine leistungsbedingte Abmahnung zu erfolgen (BAG, 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, NZA 2009, S. 842; Wetzling/Habel, BB 2009, S. 1638, 1643; ebenso Krause, a. a. O., Rn. 651 m. w. N.). Die Gründe, warum jemand schwach leistet, können vielfältig sein. Es ist denkbar, dass er über- oder auch nur unterfordert ist, vielfach sind es häusliche oder krankheitsbedingte Probleme, welche die Konzentration des Mitarbeiters stark in Mitleidenschaft ziehen. Ebenso kann Verschleiß, Wertewandel oder auch nur die Ablehnung des neuen Vorgesetzten oder anderer weisungsberechtigter Personen die Ursache dafür sein, welche die Lust an der Arbeit in ihr Gegenteil verwandelt (Hunold/Wetzling, Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern, 3. Aufl. 2015, Kapitel 2). Dies führt dann zu Fehlern in der Arbeit oder zur tendenziell dauerhaften Unterschreitung des bisherigen Leistungsniveaus und des Niveaus der Kollegen. Dann wäre eine verhaltensbedingte Abmahnung am Platz, um dem betroffenen Mitarbeiter klarzumachen, dass das Nachlassen des Engagements oder der zu erwartenden Leistungsergebnisse nicht mehr hingenommen wird. Es kann häufig nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Schlechtleistung um ein steuerbares Verhalten handelt. Das gilt insbesondere in dem Fall, der hier zu erörtern ist. Häufig kann der Mitarbeiter die von ihm geforderte Leistungssteigerung nicht realisieren, weil er bereits am Limit seines Potenzials ist. Dann käme an sich eine personenbedingte oder betriebsbedingte Kündigung in Betracht. Der Arbeitgeber hat jedoch keine Verpflichtung, näher zu prüfen, welcher Umstand in dem Mischtatbestand aus verschiedenen denkbaren Umständen der dominante Faktor ist. In Zweifelsfällen sollte stets vor Ausspruch der Kündigung eine leistungsbedingte Abmahnung erfolgen (so zurecht auch Krause, a. a. O., Rn. 651; Vogt/Oltmanns, NZA 2012, S. 599, 601). Es spielt dabei auch keine Rolle, ob die Nichtleistung „verschuldet“ ist. Das liegt nicht in der Prüfkompentenz des Arbeitgebers (Wetzling/Habel, Die Beanstandung der Arbeitsleistung und die leistungsbedingte Kündigung, BB 2009, S. 1638 ff.; BAG, Urt. v. 3.6.2004 – 2 AZR 386/03, NJW 2005, S. 90).

Typischerweise spricht der Arbeitgeber, wenn er feststellt, dass der bereits längere Jahre an der Stelle beschäftigte Mitarbeiter sich bemüht, aber offenbar die Qualität der neuen Anforderungen nicht oder nur schwer erreichen kann, nicht gleich eine Abmahnung aus. Sie wäre unverhältnismäßig und daher unwirksam (vgl. BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, NZA 2009, S. 842, 843; Wetzling/Habel, Die Abmahnung – arbeitsrechtlich und personalführungstechnisch aktuelle Aspekte, BB 2011, S. 1077 ff.). Er führt mit ihm zunächst ein Mitarbeitergespräch und hält verschiedene positive Verabredungen

schriftlich fest. Wenn sich auch nach mehreren Wochen nicht der gewünschte Erfolg abzeichnet, gibt es ein weiteres Kritikgespräch. Mit ihm verbunden erfolgt die eingehende Klärung, ob nicht die Versetzung auf einen Arbeitsplatz mit geringeren Anforderungen oder eine Assistenzstelle als Ausweichposition infrage kommt. Wenn der Mitarbeiter darauf nicht eingeht, kann – insbesondere bei Einschätzung der Vergeblichkeit des weiteren Abwartens – die Abmahnung erfolgen. Diese enthält im Wesentlichen, korrekt abgefasst, keinen Schuldvorwurf, dokumentiert die (anzuerkennenden, jedoch nicht zureichenden) Bemühungen des Mitarbeiters, macht andererseits deutlich, dass die neuen Anforderungen dringlich, wichtig und daher umgehend zu realisieren sind.

WEITERBILDUNG VOR KÜNDIGUNG?

Steht fest, dass sich Tätigkeitsinhalte sowie Anforderungsprofile ändern und IT-Kompetenzen zunehmend zur Grundlage des Arbeitsalltags sowie der vertraglich geschuldeten Pflichten der Arbeitnehmer werden, stellt sich die Frage, ob ihnen parallel hierzu auch ein Recht auf entsprechende Qualifizierung zusteht, um auch künftig den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachkommen zu können (Kleinebrink, DB 2018, S. 254). Virulent wird diese Fragestellung in der Praxis insbesondere dann, wenn einem Arbeitnehmer, der die neuen

IT-Anforderungen dauerhaft nicht erfüllt, gekündigt werden soll. Kündigungsbedrohte Arbeitnehmer – unterstützt durch den Betriebsrat – pochen typischerweise dann darauf, einen Anspruch auf Weiterbildung zu haben. Es sei insoweit Aufgabe des Arbeitgebers, entsprechende Qualifizierungsangebote zu ermöglichen, bevor dieser eine Kündigung ausspreche.

Hier gilt: Es existiert kein allgemeingültiger gesetzlicher Weiterbildungsanspruch (mit Ausnahme vereinzelter spezialgesetzlicher Ansprüche, bspw. § 2 Abs. 3 Satz 2 ASiG oder Art. 37–39 DSGVO; Arnold/Winzer, in: Arnold/Günther, ArbR 4.0-HdB, 1. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 108). Möglich ist hingegen, einen solchen Anspruch qua Tarifvertrag bzw. Betriebsvereinbarung kollektivrechtlich oder aber direkt im Arbeitsvertrag zu verankern. Zu beachten ist deshalb im Einzelfall, ob ein Tarifvertrag – ggf. über eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln – oder eine Betriebsvereinbarung Anwendung findet, die einen Qualifizierungsanspruch bzw. ein Qualifizierungskonzept ausgestaltet und auch die Rahmenbedingungen wie bspw. Übernahme der Qualifizierungskosten oder Teilnahmerecht regelt.

Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht aus § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG, der eine Obliegenheit (Mroß, in: Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Kap. 160 Rn. 11) des Arbeitgebers zur Umschulung vor Kündigung begründet. Ein

einklagbarer Weiterbildungsanspruch besteht hingegen nicht.

Nichtsdestotrotz sind Arbeitgeber gut beraten, vor Kündigungsausspruch – soweit möglich und erfolgsversprechend – die Möglichkeit einer Weiterbildungsmaßnahme zu prüfen, da spätestens im Kündigungsschutzprozess das Gericht prüft, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine zumutbare Fortbildung angeboten hat und ob sich der Arbeitnehmer redlicherweise darauf hätte einlassen müssen (BAG, Urt. v. 28.1.2010 – 2 AZR 764/08, AuA 5/10, S. 308).

GESPRÄCHSFÜHRUNG MIT DEM LOW PERFORMER

Die passende Gesprächsführung mit dem angeblichen Low Performer ist zur Vermeidung erheblicher Zerwürfnisse und späterer gerichtlicher Auseinandersetzungen von großer Bedeutung. Insoweit gibt es in der Praxis aus Unbedachtheit oder fehlender Erfahrung meist größere Spielregelverletzungen. Sie liegen häufig in der mangelhaften Form der Kommunikation mit dem Mitarbeiter. Vernünftigerweise sollte er zunächst zu einem Gespräch eingeladen werden. Im Verlauf dieses Gesprächs beginnt der Vorgesetzte nicht damit, angebliche Fehler, Versäumnisse und Unterschreitungen der Erwartung aus letzter Zeit aufzulisten. Diese Herangehensweise führt nahezu unverzüglich zur Verhärtung der Fronten. Es sollte anstelle dessen ein klärendes Gespräch über die aktuellen Erfordernisse der Tätigkeit geben. Möglichst anhand einer ggf. skizzierten visuellen Darstellung sind die zwischenzeitlich eingetretenen neuen Herausforderungen und Prozessänderungen darzustellen.

Bei einem sachgemäßen Gesprächsverlauf wird es häufig gelingen, dem Mitarbeiter zu verdeutlichen, dass nicht er sich negativ veränderte, vielmehr die Stelle sich mehr und mehr seinem Zugriff entzog. Hinsichtlich der aufzuzeigenden Diskrepanzen zwischen dem Ist- und Sollprofil gibt es häufig verschiedene Gründe, die unmittelbar oder mittelbar mit Fragen des physischen, psychischen oder mentalen Potenzials zu tun haben. Es hat daher in den meisten Fällen nichts mit Verschulden oder Vorwerfbarkeit zu tun, dass der Mitarbeiter die aktuellen Anforderungen seiner Stelle nicht mehr beherrscht. Er ist nicht schlecht, nur ist die Stelle für ihn nicht mehr geeignet. Deshalb ist es auch angemessen, in aller Regel als richtig zu unterstellen, dass der Mitarbeiter sich beste Mühe gab, den Anschluss an die neuen Anforderungen zu halten. Es ereigneten sich nur in den letzten Monaten viele Unzulänglichkeiten und Fehlpässe, für die er (auch haftungsrechtlich) nicht zur Verantwortung gezogen werden soll. Sie sind im Fall eigener Nichtwahrnehmung konkret anzusprechen. Für den Mitarbeiter ist jetzt, falls eine letzte durchgreifende Qualifizierungsmaßnahme nicht zügig Abhilfe verschafft, eine andere Stelle zu suchen – innerhalb oder außerhalb des Unternehmens.

Möglichst bereits am Folgetag sollte eine schriftliche Zusammenfassung der Unterredung erfolgen. Sie schließt i. d. R. eine leistungsbedingte „Abmahnung“ ein. Diese ist mit der in der Praxis bekannteren verhaltensbedingten

Abmahnung nicht identisch. In jener werden typischerweise konkrete Vorwürfe erhoben und die Anpassung des Verhaltens verlangt. In dieser geht es lediglich darum mitzuteilen, dass dem Mitarbeiter der Arbeitsplatz nicht belassen werden kann, wenn erforderliche Standards weiterhin unterschritten werden. Letzte Fehler und Versäumnisse werden dargestellt, Vorwürfe werden jedoch bei der leistungsbedingten Abmahnung meist nicht erhoben. Die Fehler und Versäumnisse können jedoch nicht weiterhin toleriert werden (Wetzling/Habel, BB 2009, S. 1638).

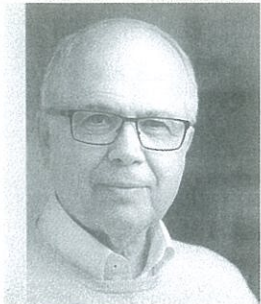
ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT

Im Hinblick auf die Argumentation des BAG in den Urteilen von 2005 und 2008 ergeben sich bereits folgende Unzulänglichkeiten in der Argumentation der Unternehmensleitung im vorangestellten Marktleiter-Fall des LAG Rheinland-Pfalz.

- Es wurde kein umfangreiches, in sich schlüssiges Konzept für das neue Anforderungsprofil vorgelegt.
- Es war nicht erkennbar, dass der Nachfolger in der Position eine deutlich bessere Qualifikation als der bisherige Stelleninhaber hatte.
- Es wurde fälschlich wiederholt davon gesprochen, der Marktleiter habe eine „Onlinestrategie entwickeln“ sollen, obwohl dafür – nach eigenem Vortrag – die IT-Abteilung des Unternehmens zuständig war. Bei den Unzulänglichkeiten des Marktleiters ging es im Wesentlichen um tägliche Handlungsdefizite im Umgang mit der IT-Struktur des Unternehmens.
- Es wurde nicht vorgetragen, welche Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen erfolglos erschienen. Der Hinweis, das Gericht habe keine entsprechenden Vorschläge unterbreitet, berücksichtigt nicht, dass es sich insoweit um eine eigene Darlegungspflicht des Unternehmens handelt.
- Es erfolgte kein Warnhinweis gegenüber dem Marktleiter.

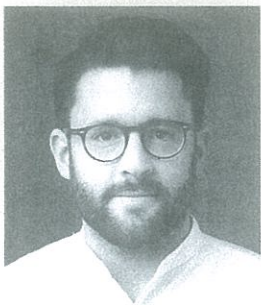
Grundsätzlich ist derjenige ein Low Performer, der die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag nicht zugemutet werden kann. Üblicherweise wird eine sog. Drittelgrenze gezogen, nach der ein Festhalten dann unzumutbar sei, wenn der Mitarbeiter 1/3 der übertragenen Arbeiten nicht (mehr) leisten kann oder 1/3 unter dem Leistungsergebnis vergleichbarer Mitarbeiter zurückbleibt (LAG Hamm, Urt. v. 12.7.2007 – 17 Sa 64/07, AuA 8/08, S. 505; die Drittelgrenze abl. Maschmann, NZA-Beil. 1/2006, 19f.). Grundsätzlich ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips zunächst eingehend zu prüfen, ob der Mitarbeiter nicht doch zu dem neuen Leistungsstandard entwickelt werden kann. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht der vorgesetzten Stellen die erste eingehende Prüfpflicht (zurecht Stück, Low Performer in Recht und Praxis, ArbAktuell 2011, S. 651, 654). Sollte sich die Weiterentwicklung konsequent und aussichtsreich organisieren lassen, ist es auch aus wirtschaftlicher Sicht der Königsweg im Umgang mit dem angeblichen Low Performer.

UNSERE AUTOREN



© Christian Kuhlmann

Dr. Frank Wetzling
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Arbeitsrecht, Partner,
Bette Westenberger Brink,
Mainz



© Christian Kuhlmann

Oliver Land, LL.M.
Rechtsanwalt,
Bette Westenberger Brink,
Mainz